

Un pas vers une ouverture complète du marché du gaz

La Commission de la concurrence a sanctionné un fournisseur de gaz qui avait interdit l'accès à son réseau à un fournisseur tiers. Cette décision pourrait avoir valeur d'exemple.

Philippe Sulger

Abrégé Les ménages et les entreprises suisses cuisinent, se chauffent et produisent en partie grâce au gaz naturel. Ils sont pour la plupart raccordés à l'un des quelque cent réseaux de distribution locaux. Leur fournisseur est généralement une entreprise publique de distribution de gaz, également propriétaire du réseau local de distribution. Or, une telle position crée un risque de violation du droit de la concurrence par les fournisseurs de gaz, qui peuvent avoir un intérêt à interdire sans motifs l'accès à leur réseau aux fournisseurs tiers en profitant de leur situation au détriment de ces derniers et des clients finaux. La Commission de la concurrence a sanctionné un tel cas l'été dernier. Cette décision montre qu'une ouverture complète à la concurrence de l'accès aux réseaux devrait être l'objectif à atteindre.

Le réseau suisse de gazoducs ressemble à un «goulet»: ce terme est utilisé en économie pour faire référence aux contraintes typiques liées aux réseaux d'approvisionnement par conduites comme ceux d'électricité, d'eau ou de gaz. Il n'existe en effet pas d'alternative à ces infrastructures. Lorsqu'un fournisseur veut approvisionner un client final en gaz naturel¹, il est forcé d'utiliser le réseau existant auquel le client est raccordé et qui constitue ce qu'on appelle une «infrastructure essentielle» en droit de la concurrence². En économie, de telles infrastructures sont souvent liées à la notion de monopole naturel: le goulet qu'elles représentent est alors qualifié de «goulet monopolistique»³, celui-ci s'avérant «naturel» dans la mesure où la création d'une seconde installation (en l'espace un réseau de distribution de gaz) n'est pas économiquement viable.

Lorsqu'un acteur économique est en position de se servir de telles installations essentielles pour contrôler l'accès à un marché, il peut se protéger de la concurrence sur ce marché. Concrètement, l'exploitant d'un réseau de gaz qui est également fournisseur peut refuser l'accès à ses installations aux autres fournisseurs, supprimant ainsi la concurrence en aval dans le domaine de la distribution de gaz. L'exploitant peut alors percevoir une

rente monopolistique en verrouillant son réseau. Sur le plan économique, l'intégration verticale entre le monopole naturel que procure la détention du réseau de gaz (en amont) et l'activité de distribution de gaz naturel (en aval) cause dans ce domaine une atteinte maximale à la concurrence. Une telle limitation de la concurrence entrave généralement le bon fonctionnement du marché et nuit à la prospérité de l'ensemble de la société.

Une réglementation lacunaire

La situation sur le marché suisse du gaz était identique dans le passé. Elle avait été favorisée par une très faible réglementation de l'accès

aux réseaux, encadré d'une part par l'article 13 de la loi sur les installations de transport par conduites (LITC)⁴ de 1963, et d'autre part par les dispositions générales de la loi sur les cartels (LCart). Le verrouillage des réseaux a en outre été formalisé et concrétisé dès 2012 dans une convention de droit privé entre les fournisseurs de gaz et des utilisateurs⁵. Cette convention dite «de branche» fixe les conditions du transport de gaz pour des tiers à destination des acheteurs industriels de gaz et prévoit notamment trois critères:

- la capacité de transport contractuelle de l'utilisateur du réseau doit être d'au moins 150 mètres cubes standard par heure (Nm³/h, critère de la capacité de transport);
- l'utilisateur du réseau doit employer le gaz en premier lieu comme gaz de processus, c'est-à-dire pour générer de la chaleur

⁴ L'art. 13 al. 1 LITC prévoit simplement que les exploitants de réseaux en Suisse sont tenus d'exécuter des transports de gaz naturel pour des tiers dans les limites des possibilités techniques et des exigences d'une saine exploitation contre une rémunération équitable.

⁵ Voir Ocar (2012).

Bientôt une ouverture complète du marché du gaz? Selon une décision de la Commission de la concurrence, les particuliers doivent également pouvoir choisir librement leur fournisseur.



KEYSTONE

¹ «Gaz» et «gaz naturel» sont utilisés sans distinction dans la suite de l'article.

² Voir par exemple OCDE (1996).

³ Le critère des «coûts irrécupérables» est souvent utilisé en lien avec les goulets monopolistiques: une fois l'infrastructure créée, elle ne peut pas être supprimée ou utilisée pour d'autres fins.

industrielle ou réaliser des procédés de production et de fabrication industriels ou artisanaux (critère de gaz de processus);

- l'utilisateur du réseau doit disposer d'un équipement de mesure de la courbe de charge et de transmission de données à distance permettant une mesure horaire de la quantité d'énergie qui le concerne (critère de mesure).

Cette réglementation privée a été soumise en 2013 au Secrétariat de la Commission de la concurrence (Comco) dans le cadre d'une procédure d'opposition. Le Secrétariat a alors formulé plusieurs réserves au sujet de la convention de branche et en a fait part aux acteurs du secteur. Il attirait déjà leur attention sur le fait que les critères de capacité de transport et de «gaz de processus», en particulier, pouvaient constituer des restrictions illicites à la concurrence dans certains cas concrets, notamment lorsque le gaz est employé pour le chauffage ou par une grande entreprise de services n'utilisant pas le gaz pour mettre en œuvre des processus. Le Secrétariat de la Comco mettait également en garde les acteurs du secteur contre d'éventuelles sanctions fondées sur le droit des cartels. Il appartenait ainsi aux fournisseurs de gaz de prendre ces réserves au sérieux.

Plainte auprès de la Comco

Environ trois ans et demi plus tard, un client particulier de la région de Lucerne dont le ménage utilisait le gaz pour cuisiner et se chauffer adressait une plainte à la Comco au motif que l'accès au réseau pour se faire livrer par un fournisseur tiers lui était refusé en violation du droit de la concurrence. L'immeuble concerné était raccordé au réseau de distribution locale d'Energie Wasser Luzern Holding (EWL), également propriétaire du réseau régional de conduites à haute pression, et d'Erdgas Zentralschweiz (EGZ), l'exploitant de ce réseau. Ces sociétés avaient refusé l'accès à leur réseau régional de distribution au fournisseur choisi par le plaignant, arguant que la mise en œuvre d'un tel transport était techniquement impossible et ne pouvait pas être raisonnablement exigée du point de vue économique.

La Comco avait pour sa part été informée d'autres cas de refus d'EWL et d'EGZ de donner accès à leur réseau pour permettre l'approvisionnement d'immeubles en ville de Lucerne. Les exploitants avaient là aussi fait valoir qu'il était techniquement et économiquement déraisonnable de permettre l'usage de leur réseau pour les livraisons souhaitées,

ajoutant qu'un tel usage serait contraire aux conditions prévues dans la convention de branche.

La Comco a donc procédé à un examen approfondi de ces pratiques dans la région de Lucerne et en a conclu que ces refus d'accès constituaient des restrictions illicites de la concurrence⁶. L'élément clé de cette décision a été le fait qu'au moment des demandes d'accès, l'infrastructure dont disposaient EWL et EGZ leur permettait techniquement d'exécuter les livraisons demandées pour des tiers. Dans sa décision, la Comco a en outre relevé que même si cela n'avait pas été le cas, EWL et EGZ auraient déjà dû mettre à niveau leur infrastructure en anticipant de telles demandes, d'autant que le coût de tels efforts aurait été raisonnable. EWL et EGZ ont coopéré avec la Comco durant l'enquête et se sont engagés d'un commun accord à permettre à l'avenir à tous les clients finaux raccordés à leur réseau de changer de fournisseur – et donc à accorder un accès à leur réseau à des fournisseurs tiers. Ces sociétés ont par ailleurs reçu une amende de près de 2,6 millions de francs.

Une décision ayant valeur d'exemple

Cette décision de la Comco devrait avoir valeur d'exemple pour les autres réseaux suisses. Elle est comparable à celle de 2001, par laquelle la Comco avait lancé l'ouverture du marché de l'électricité sur la base de la loi sur les cartels⁷, et montre qu'une ouverture nationale du marché dans ce domaine est également possible. Une telle ouverture renforcerait la concurrence et augmenterait ainsi la prospérité de l'ensemble de la société. La décision rendue implique que même les petits consommateurs finaux peuvent en principe choisir librement leur fournisseur. Les seuils fixés pour justifier un refus de l'accès aux conduites pour des motifs techniques et économiques sont en effet relativement élevés. Il y a ainsi lieu d'admettre qu'en principe, la loi sur les cartels impose d'accéder aux demandes de transit par conduites. La jurisprudence du Tribunal fédéral fixe par ailleurs un seuil élevé pour la justification d'un refus de donner accès à une infrastructure essentielle.

La loi sur les cartels ainsi que les dispositions de la loi sur les installations de transport

par conduites ne suffisent cependant pas – à elles seules – à permettre une ouverture efficace du marché: la loi sur les cartels prévoit que la Comco traite les cas individuels d'abus. Or, la Comco n'est pas en mesure de régler un secteur entier dans le cadre de procédures individuelles au sein desquelles de nombreuses questions particulières se posent concernant une nécessaire réglementation des goulets monopolistiques – notamment en matière d'attribution des capacités, d'évaluation des réseaux et de comptabilisation. Les procédures en matière de concurrence devant la Comco, puis devant les instances de recours, sont en outre très longues. Il est donc nécessaire d'adopter une loi spéciale pour protéger la concurrence. Ce faisant, l'État doit veiller à ne pas commettre d'erreurs – comme pour chacune des réglementations qu'il édicte.

La nouvelle loi sur l'approvisionnement en gaz (LAPGaz) mise en consultation, qui vise à fixer des règles unifiées et claires pour permettre un marché du gaz efficace, n'envisage qu'une ouverture partielle de ce marché. Or, il s'agirait là justement d'une erreur de l'État, dans la mesure où une ouverture partielle ne permet pas de gagner en efficacité, ou alors dans le meilleur des cas de manière insuffisante. L'ouverture partielle n'est pas non plus nécessaire pour atteindre les objectifs de politique énergétique et climatique, comme l'avancent ses partisans. L'atteinte de ces objectifs serait au contraire favorisée par une réglementation reposant sur la neutralité technologique et les forces du marché. Des débats parlementaires sur le projet de loi sont prévus en 2021 encore.



Philippe Sulger
Collaborateur scientifique, Secrétariat de la Commission de la concurrence (Comco), Berne

Bibliographie

- Comco – Commission de la concurrence (2020). *La Comco ouvre le marché du gaz en Suisse centrale*. Communiqué de presse du 4 juin.
- Ocar – Office de coordination pour l'accès au réseau (2012). *Convention d'accès au réseau pour le gaz naturel*. Consulté le 21 décembre 2020.
- OCDE – Organisation de coopération et de développement économiques (1996). *The essential facilities concept*. OECD Policy Roundtables.

⁶ Voir Comco (2020).

⁷ Décision de la Comco du 5 mars 2001 dans la procédure Entreprises électriques fribourgeoises (EEF) c. Watt Suisse et la Fédération des coopératives Migros, terminée par l'arrêt du Tribunal fédéral 129 II 497 du 17 juin 2003.